

## **PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen**

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/175366>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-05 and may be subject to change.

Boom juridisch  
Postbus 85576  
2508 CG Den Haag  
T (070) 330 70 33  
E [info@bjv.nl](mailto:info@bjv.nl)  
I [www.boomjuridisch.nl](http://www.boomjuridisch.nl)

# ***EstateTip***

Review

Afl. 2017-18

10 mei 2017

---

## **Redelijkheid en billijkheid in het pensioenrecht (VI) De dga en de afstortingsplicht naar evenredigheid**

Het is al weer enige tijd geleden dat we in *EstateTip* Review hebben stilgestaan bij de ontwikkelingen in de jurisprudentie betreffende de afstortingsplicht bij scheiding van het in eigen beheer uitgevoerde pensioen van de directeur-grotaandeelhouder (*EstateTip* Review 2007-25, 2008-08, 2010-09 en 2011-10).

Ter bepaling van de gedachten een korte samenvatting van die ontwikkeling. Nadat een afstortingsplicht van oudsher in de jurisprudentie werd afgewezen, gaf de Hoge Raad in 2004 (12 maart 2004, *NJ* 2004/636, m.nt. S.F.M. Wortmann) een eerste signaal. Door gedragingen van de dga/pensioen-BV bestond er gegronde vrees dat de aanspraken van de ex-echtgenoot illusoir zouden blijken te zijn. In afwijking van de hoofdregel moest toch worden afgestort. In 2007 ging de Hoge Raad een stapje verder (HR 9 februari 2007, *NJ* 2007/306, m.nt. J. de Boer): afstorting werd het uitgangspunt en was niet meer beperkt tot 'verwaarlozingssituaties'. De Hoge Raad gaf echter nadrukkelijk geen 'blanco-afstortingscheque' af. Uit de overwegingen in 2007 bleek zonneklaar dat redelijkheid en billijkheid in beginsel tot afstorting nopen, maar dat afhankelijk van de concrete omstandigheden diezelfde beginselen tot een andere beslissing kunnen leiden. Denk daarbij bijvoorbeeld aan de situatie dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt.

Ook werd duidelijk dat bij het bepalen van de omvang van de afstortingsverplichting de commerciële en niet de fiscale balans het uitgangspunt is. Een voorbeeld van de manier waarop de rechtspraak de open afstortnorm van de Hoge Raad nader inkleurde, stond in *EstateTip* Review 2011-10. Trendsettend bij die nadere inkleuring was overigens met name het Hof Den Haag. Dit hof heeft in een aantal richtinggevende arresten geconcretiseerd hoe de open norm moet/kan worden toegepast als er sprake is van een dekkingstekort. Als voorbeeld, de overweging van dit hof uit 2014 (18 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:2744):

'30. Het hof overweegt als volgt. In het kader van de Wet Pensioenverevening dient hetgeen wat daadwerkelijk is opgebouwd te worden verevend. Aangezien de Pensioen-BV enkel nog pensioen uitkeert en geen dekkingsvermogen meer verwerft door pensioenpremie-afdracht, omdat de man niet langer werkzaam meer is, acht het hof het redelijk dat zowel de man als de vrouw *in het licht van de postrelationele solidariteit het dekkingstekort evenredig voor hun rekening dienen te nemen*. Naar het oordeel van het hof dienen de koopsommen van het ouderdomspensioen van de man, het ouderdomspensioen van de vrouw alsmede het nabestaandenpensioen van de vrouw in gelijke mate te worden verdeeld over het effectief beschikbare bedrag voor uitkeringen van de pensioenen.' (curs. FH)

Onlangs heeft de Hoge Raad in gelijke zin geoordeeld (HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:693). In deze zaak had de vrouw als dga binnen de door haar beheerste vennootschap pensioen in eigen beheer opgebouwd. Na scheiding moet het tijdens de huwelijksperiode opgebouwde ouderdomspensioen worden verevend, artikel 2 lid 1 WVPS. De vrouw voert verweer tegen de door de man gevorderde afstorting en stelt, onder meer, dat na afstorting onvoldoende middelen overblijven om haar aandeel in het pensioen te kunnen uitkeren.

Het woord is aan de Hoge Raad:

‘3.4.4 Het hiervoor [...] wettelijke uitgangspunt dat echtgenoten in gelijke mate aanspraak kunnen maken op het opgebouwde pensioen, is onverkort van toepassing indien de [...] genoemde afstortingsplicht bestaat. De afstorting dient dan ook, zoals het hof terecht in rov. 4.16 van zijn tussenbeschikking heeft geoordeeld, *zodanig plaats te vinden* dat de aanspraken van partijen op het pensioen *in beginsel ook in dezelfde mate zijn verzekerd*, althans dat dit laatste zoveel mogelijk het geval is.’ (curs. FH)

En:

‘3.4.5 Bij dit laatste dient het volgende tot uitgangspunt te worden genomen. Indien de vennootschap een *pensioentoezegging doet*, dient zij *zorg te dragen dat zij deze te zijner tijd kan nakomen*. Indien en voor zover de opbouw van het pensioen in eigen beheer plaatsvindt, dient zij daarom in beginsel over voldoende kapitaal daartoe te beschikken (in de vorm van een voorziening of van eigen vermogen). In verband met de bepaling van art. 3.29 Wet IB 2001 (die een rekenrente voorschrijft van ten minste 4%) kan de fiscale pensioenreserve in dit verband onvoldoende zijn (hetgeen mede aanleiding is geweest voor de totstandkoming van de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen, Stb. 2017, 115). Bij het vorenstaande dient dan ook te worden *uitgegaan van de zogeheten commerciële waarde van de toezegging*, waarbij de heersende marktrente tot uitgangspunt wordt genomen.’ (curs. FH)

Om uiteindelijk een fraai solidariteitspunt te maken:

‘Indien op het tijdstip van scheiding *onvoldoende kapitaal aanwezig* is om én het aandeel van de tot verevening gerechtigde echtgenoot af te storten, waaronder begrepen de meerkosten om na afstorting tot dezelfde pensioenuitkering te komen als waarop deze zonder afstorting aanspraak had kunnen maken, én voldoende kapitaal in de vennootschap achter te laten om (opnieuw naar commerciële waarde berekend) de met het aandeel van de tot verevening verplichte echtgenoot corresponderende pensioenaanspraak te dekken, *zal het tekort in beginsel moeten worden gedeeld, evenredig met de verhouding waartoe de verevening overeenkomstig art. 3 lid 1 WVPS leidt*. Alleen aldus wordt immers voldoende recht gedaan aan het hiervoor in 3.4.2 en 3.4.4 vermelde uitgangspunt dat de aanspraken van partijen (zoveel mogelijk) in dezelfde mate zijn verzekerd.’ (curs. FH)

Helder, postrelationele pensioensolidariteit leidt enerzijds tot de plicht om af te storten en anderzijds tot het evenredig (en dus solidair) delen van de pijn die een eventueel dekkingstekort met zich brengt.

En voor hen bij wie de vraag opkomt of dit alles nog wel relevant is nu op 1 april 2017 de Wet uitfasering pensioen in eigen beheer en overige fiscale pensioenmaatregelen in werking is getreden (Stb. 2017-115, 116, 117), het volgende. Zonder meer is correct dat voor een aantal dga's de afstortingsproblematiek tot het verleden zal gaan behoren. Het betreft hier de dga's die, met instemming van hun (ex-) pensioenpartner, besluiten tot

afstempeling, gevolgd door afkoop of omzetting in een oudedagsverplichting. Voor de dga's die een dergelijk besluit niet (kunnen) nemen, blijft het pensioen in eigen beheer bestaan. De inschatting van staatssecretaris Wiebes is dat dit circa veertig procent van alle dga's betreft (34555, 5, p. 4). En voor die veertig procent blijven alle huidige problemen rond het pensioen in eigen beheer bestaan, waaronder de dividendklem en de afstortingsplicht bij scheiding. Het is raadzaam om oog te houden voor de jurisprudentie op dit vlak en daar waar nodig en mogelijk afstortingsafspraken op maat vast te leggen in huwelijkse voorwaarden of convenanten.

*Tot volgende week!*

Mr. F.M.H. Hoens



**Boom**juridisch

[www.scholsburgerhartschols.nl](http://www.scholsburgerhartschols.nl) [www.boomjuridisch.nl](http://www.boomjuridisch.nl)

© 2017 Boom juridisch | ScholsBurgerhartSchols

Hoewel de uiterste zorg is besteed aan de inhoud van *EstateTip Review* aanvaarden de uitgever en de redactie geen aansprakelijkheid voor onvolledigheid of onjuistheid.